

În conformitate cu prevederile art. 14 alin. (2) și ale art. 27 alin. (1) din Legea nr. 101/2016 privind remediile și căile de atac în materie de atribuire a contractelor de achiziție publică, a contractelor sectoriale și a contractelor de concesiune de lucrări și concesiune de servicii, precum și pentru organizarea și funcționarea Consiliului Național de Soluționare a Contestațiilor, Consiliul adoptă următoarea

DECIZIE

Nr. 1695/C3/1697

Data: 11.08.2022

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 35596/18.07.2022, înaintată de SRL (lider al asocierii SRL – SRL), cu sediul în, județul, înmatriculată în registrul comerțului cu nr., având CUI, reprezentată legal de, administrator și, convențional, de avocat, cu sediul procesual ales în, formulată împotriva raportului procedurii simplificate organizate de autoritatea contractantă, cu sediul în, județul, în vederea atribuirii contractului de lucrări de „Reparații curente și igienizări Amfiteatru A2 clădire str. Barițiu nr. 25”, ce a fost inițiată prin publicarea anunțului de participare nr. SCN1106508/09.05.2022, s-a solicitat anularea acestuia și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale.

Totodată, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate în vederea formulării și soluționării prezentei contestații.

CONSILIUL NAȚIONAL DE SOLUȚIONARE A CONTESTAȚIILOR, asupra cauzei de față, constată următoarele:

Prin contestația înregistrată la Consiliul Național de Soluționare a Contestațiilor cu nr. 35596/18.07.2022, ... SRL atacă raportul procedurii mai sus amintite, organizată de autoritatea contractantă, potrivit căruia oferta sa a fost declarată inacceptabilă, în temeiul dispozițiilor art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016 și ale art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016.

În fapt, arată contestatorul, prin solicitarea de clarificări nr. 20401/04.07.2022, autoritatea contractantă i-a comunicat faptul că, în cursul verificării documentelor suport pentru informațiile din DUAE, s-a constatat că atât liderul asociației SC SRL cât și asociatul SC SRL au numărul mediu de angajați de unu, pe anul 2021, conform Certificatului Constatator nr. 601178/29.05.2022 și Certificatului Constatator nr. 610002/01.07.2022.

Vă solicităm ca până la data de 05.07.2022 să completați, în Secțiunea Documente suport DUAЕ, explicația cu privire la realizarea de către SC SRL a 51,00%, respectiv realizarea de către asociat SC SRL a 49,00% din volumul lucrărilor care fac obiectul achiziției de lucrări referitoare la procedura simplificată de atribuire nr. SCN1106508/09.05.2022.

În răspunsul la solicitarea de mai sus, contestatorul a învederat autorității contractante faptul că, nici în caietul de sarcini și nici în fișa de date a achiziției, nu s-a impus un număr minim de personal angajat până la data de finalizare a procedurii de achiziție. Din cuprinsul aceluiași certificate constatatoare, la care face referire comisia de evaluare, rezultă cu claritate faptul că SRL a avut o cifră de afaceri de 1.716.282,00 lei, pe anul 2021, iar SRL a avut o cifră de afaceri de 899.130,00 lei, pe anul 2021, ceea ce conduce la o cifră totală de afaceri a firmelor din asociere de 2.615.412 lei.

Totodată, contestatorul a atașat răspunsului la solicitarea de clarificări și centralizatorul cu lucrările ce urmează a fi realizate de firmele din asociere.

În acest context, contestatorul apreciază că respingerea ofertei sale, ca inacceptabilă, este vădit nelegală.

În primul rând, nicăieri în fișa de date a achiziției, nu a fost impusă cerința privind un număr minim de angajați/muncitori pentru executarea lucrărilor.

De fapt, o astfel de cerință apare, pentru prima dată menționată, abia prin raportul procedurii (de remarcat faptul că nici prin solicitarea de clarificări nu s-a pus în vedere a face dovada numărului de angajați, deoarece era nelegal a proceda astfel). Prin impunerea unei astfel de cerințe, practic, direct prin raportul procedurii (în contextul în care oferta este respinsă ca inacceptabilă, pentru considerentul că realizarea lucrării nu este acoperită cu personal), s-a procedat la completarea fișei de date cu o cerință ce nu a fost avută în vedere inițial, conduită ce vine în contradicție cu legislația în materie de achiziții publice.

În conformitate cu prevederile art. 215 alin. (4) din Legea nr. 98/2016, orice „calificare” cerută ofertantului trebuie expres menționată în documentația de atribuire.

Prin urmare, contestatorul arată că nu înțelege rațiunea pentru care comisia de evaluare a apreciat drept neconcludente clarificările sale. În cadrul solicitării de clarificări nr. 20401/04.07.2022, se menționează doar faptul că numărul mediu de angajați, pe anul 2021, pentru fiecare dintre firmele din asociere, a fost de 1.

Or, la nivelul actual, există un număr de 5 persoane angajate, urmând a fi angajate alte 5, iar procedura de achiziție în cauză se desfășoară în anul 2022. Mai mult, muncitorii folosiți pot fi și personal contractual, nu doar personal salariat, iar politica de repartizare a muncitorilor ține de managementul și organizarea proprie: nu intră în

atribuțiile autorității contractante să contabilizeze evoluția numărului de salariați angajați ai unei firme.

Pe de altă parte, întocmai cerințelor impuse prin fișa de date a achiziției, contestatorul precizează că a făcut dovada experienței similare, prin prezentarea și depunerea contractelor și a proceselor-verbale de recepție încheiate la terminarea lucrărilor:

- Contract nr. 199927/16.07.2021, încheiat de SRL tot cu autoritatea contractantă Universitatea Tehnică, având ca obiect:

- o Lot 1: Lucrări de reparații amfiteatru A4, în clădirea CFDP str. Observatorului nr. 72;
- o Lot 2: Lucrări de reparații amfiteatru A5 în clădirea CFDP str. Observatorului nr. 72.

Recepția lucrărilor astfel executate s-a realizat prin procesul-verbal nr. 33705/11.11.2021.

- Acordul-cadru de lucrări nr. 22297/15.08.2021, încheiat de SRL cu UMF, în baza căruia a fost încheiat contractul subsecvent de lucrări nr. 25120/16.08.2021 și contractul subsecvent de lucrări nr. 27973/12.10.2021.

Recepția lucrărilor astfel executate s-a realizat prin procesul-verbal nr. 32916/24.11.2021 și procesul-verbal nr. 7331/21/12/2021.

Prin urmare, întocmai dispozițiilor art. 179 din Legea nr. 98/2016, contestatorul susține că a făcut dovada îndeplinirii cerințelor privind capacitatea tehnică și profesională, prin prezentarea informațiilor și documentelor relevante și justificative, raportat chiar la cerințele expres impuse prin fișa de date a achiziției.

În consecință, apreciază contestatorul, oferta sa nu putea fi declarată inacceptabilă, motivat de faptul că autoritatea contractantă consideră că nu există suficient personal angajat, atâta timp cât nu s-a impus o astfel de cerință, cu privire la numărul minimal de angajați.

Pe de altă parte, dacă ar fi analizat propunerea tehnică, autoritatea contractantă ar fi observat cu ușurință faptul că se regăsesc suficiente informații referitoare la defalcarea categoriilor de lucrări și de atribuții:

- pag. 125: personalul cheie care va fi implicat în proiect (responsabil contract, manager al sistemelor de management al calității, șef șantier, CQ, SSM, electrician autorizat, director proiect, team-leader și responsabil CQ);

- pag. 175 - 176: muncitorii care vor executa fiecare activitate specifică (dulgher, electrician, instalator, lăcătuș, zidar, vopsitor, tâmplar, zugrav, etc), cu indicarea numărului de personal alocat pentru fiecare lună de execuție;

- pag. 177: histogramă muncitori (pentru fiecare lună de execuție);

- pag. 167: grafic Gantt.

Totodată, arată contestatorul, condițiile de participare la prezenta procedură sunt identice cu cele aferente lucrărilor de reparații de

amfiteatre A4 și A5 în clădirea CFDP str. Observator nr. 72, procedură de achiziție la care aceeași autoritatea contractantă l-a declarat câștigător.

Nu în ultimul rând, contestatorul reclamă faptul că decizia de respingere a ofertei sale nu este motivată. Simpla referire la textul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 nu acoperă nelegalitatea soluției.

În opinia contestatorului, toate aceste considerente sunt de natură a forma convingerea privind temeinicia solicitărilor sale și, implicit, cu privire la nelegalitatea raportului procedurii nr. 21310/11.07.2022, sens în care solicită admiterea prezentei contestații astfel cum a fost formulată.

Prin adresa nr. 23442/25.07.2022, înregistrată la Consiliu cu nr. 37754/01.08.2022, autoritatea contractantă a transmis punctul de vedere la contestație, solicitând respingerea ei, pe de o parte, pentru nedepunerea cauțiunii, „odată cu contestația”, și, pe de altă parte, ca neîntemeiată.

Preliminar, autoritatea contractantă face o descriere amănunțită a etapelor procedurii de atribuire în cauză, arătând că, la verificarea documentelor suport DUAЕ a ofertantului clasat pe primul loc (..... SRL), comisia de evaluare a constatat că atât liderul asociației SRL, cât și asociatul SRL, au numărul mediu de angajați unu, în anul 2021.

În conformitate cu dispozițiile art. 196 alin. (3) din Legea nr. 98/2016, prin adresa nr. 20401/04.07.2022, s-a solicitat ofertantului următoarea clarificare: Vă solicităm până în data de 05.07.2022 să completați, în Secțiunea Documente suport DUAЕ, explicația cu privire la realizarea de către SRL a 51,00%, respectiv realizarea de către asociat SRL a 49,00% din volumul lucrărilor care fac obiectul achiziției de lucrări referitoare la procedura simplificată de atribuire nr. SCN1106508/09.05.2022.

Răspunsul ofertantului a fost considerat neconcludent, în conformitate cu dispozițiile art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, întrucât, la momentul derulării procedurii de achiziție, asocierea nu este acoperită cu personal, în condițiile în care executantul trebuie să înceapă execuția lucrărilor în maxim 3 zile de la primirea ordinului de începere (acesta se semnează imediat după semnarea contractului de execuție și constituirea garanției de bună execuție).

Chiar dacă nu a impus un număr minim de angajați, tocmai pentru a nu îngreuna participarea operatorilor economici la procesul de achiziție, autoritatea contractantă arată că, în orice situație, numărul minim de angajați care să desfășoare activitățile de execuție a lucrărilor care fac obiectul procedurii de achiziție publică, nu poate să fie 1 (unu) atât pentru lider, cât și pentru asociat.

În aceste condiții, rămân neconcludente resursele de personal atât ale liderului asociației SRL, cât și ale asociatului SRL.

Mai mult, asocierea nu a prezentat o dovadă a acoperirii cu forță de muncă a lucrărilor pe care ar urma să le execute.

În susținerea punctului de vedere, autoritatea contractantă invocă decizia Curții de Apel din data de 29.05.2020, pronunțată în dosarul nr. 259/33/2020, precum și decizia CNSC nr. 664/C9/624 din 24.04.2022:

În replică, prin adresa înregistrată la Consiliu, ... SRL a transmis răspuns la punctul de vedere înaintat de autoritatea contractantă, prin care reiterează aspectele precizate în contestație referitoare la nelegalitatea deciziei acesteia din urmă de a-i respinge oferta, ca inacceptabilă.

Față de susținerile părților și de documentele depuse la dosarul cauzei, Consiliul reține cele ce urmează:

Autoritatea contractantă a inițiat, la 09.05.2022, o procedură simplificată, organizată în vederea atribuirii contractului de lucrări de „Reparații curente și igienizări Amfiteatru A2 clădire str. Barițiu nr. 25”, prin publicarea anunțului de participare nr. SCN1106508 și a documentației de atribuire.

Împotriva raportului procedurii nr. 21310/11.07.2022, potrivit căruia oferta sa a fost declarată inacceptabilă, ... SRL a înaintat prezenta contestație, solicitând anularea acestuia și obligarea autorității contractante la reevaluarea ofertei sale. Totodată, contestatorul solicită obligarea autorității contractante la plata cheltuielilor efectuate în vederea formulării și soluționării prezentei contestații.

Preliminar, Consiliul constată că, pentru a îndeplini obligația stabilită la art. 611 alin. (1) din Legea nr. 101/2016, contestatoarea SRL a înaintat recipisa de consemnare a cauțiunii nr. 208243686/1, în valoare de 27.730 lei, emisă de CEC Bank – Unitatea Aviației, la data de 21.07.2022.

Cât privește excepția invocată de autoritatea contractantă, privind nedepunerea cauțiunii „odată cu contestația”, Consiliul o va respinge, ca neîntemeiată, deoarece cauțiunea a fost constituită și comunicată CNSC în 21.07.2022 (la 3 zile după depunerea contestației), fiind respectat termenul de 5 zile instituit de art. 61¹ alin. (1) din Legea nr. 101/2016: *Pentru soluționarea contestației formulate în condițiile art. 8 sub sancțiunea respingerii acesteia, persoana care se consideră vătămată trebuie să constituie, în termen de maximum 5 zile de la data sesizării Consiliului, o cauțiune stabilită după cum urmează: (...)*

Privitor la fondul cauzei, acesta privește respingerea ofertei asocierii din care face parte contestatorul, față de care achizitorul susține, în punctul de vedere că *asocierea nu este acoperită cu personal, în condițiile în care executantul trebuie să înceapă execuția lucrărilor în maxim 3 zile de la primirea ordinului de începere.*

Consiliul consideră a fi neîntemeiate argumentele de respingere a ofertei (menționate în procesul-verbal nr. 20715/05.07.2022 și în punctul de vedere față de contestație), privitor la nedeținerea de personal_suficient: (...) *numărul minim de angajați care să desfășoare activitățile de execuție a lucrărilor care fac obiectul procedurii de achiziție publică, nu poate să fie 1 (unu)! Atât pentru lider cât și pentru asociat.*

În primul rând, trebuie remarcat faptul că raționamentul achizitorului se bazează pe informații care se situează la distanță de cel puțin jumătate de an: număr mediu de angajați (conform *Situației financiare pe anul 2021*), înregistrat la 31 decembrie 2021, și data de întocmire a ofertei, cu depunerea ei, în 07.06.2022.

O astfel de legătură temporară (între numărul de angajați la 31.12.2021 și executarea lucrărilor, cel mai devreme în august 2022), nu poate fi relevantă, întrucât orice operator economic, pentru realizarea activităților sale economice poate, oricând, să-și angajeze/sa atragă personalul necesar, fie prin contract de muncă, fie pe baza contractelor de prestări de servicii.

De altfel, în propunerea tehnică a asocierii ofertante, se regăsește personalul cheie care va fi implicat în proiect (pag. 125), cu nominalizarea a 4 persoane; lista cu categoriile și numărul de muncitori care vor participa la lucrări (pag. 175-176). Referitor la aceste informații, achizitorul nu face nicio precizare, nu stabilește vreo abatere față de caietul de sarcini, ori imposibilitatea participării lor la viitorul contract. Din contră, a determinat conformitatea propunerii tehnice.

Autoritatea contractantă nu aduce nicio dovadă că asocierea ofertantă, în executarea contractului, nu va deține personalul necesar sau că, la primirea ordinului de începere, ar avea personal insuficient (un singur angajat). Nefiind impusă ofertanților obligația de prezentare de documente de acces la personalul implicat în contract, susținerile achizitorului, că *asocierea nu este acoperită cu personal*, devine doar o supoziție.

În al doilea rând, prin documentația de atribuire nu s-a stabilit nicio cerință privitoare la dovada deținerii, la momentul ofertării, a personalului implicat în contract (fapt declarat atât în procesul-verbal nr. 20715/05.07.2022, cât și în punctul de vedere).

Comisia de evaluare, dacă se considera nelămurită asupra necesarului de personal, trebuia să ceară clarificări explicite, eventual documente în dovedire.

Din argumentele respingerii, se înțelege că autoritatea contractantă apreciază că lucrările pot fi prestate doar cu personal angajat cu contract de muncă (doar numărul acestora fiind înregistrat în situația financiară anuală). Or, asocierea poate apela la diverse forme de angajare/implicare, pentru a asigura personalul necesar execuției lucrărilor.

Tot prin punctul de vedere, achizitorul face referire la o altă condiție inexistentă în documentația de atribuire: *prezentarea dovezii de acoperire cu forță de muncă a lucrărilor pe care ar urma să le execute.*

Pe de altă parte, niciun act normativ nu impune ca, la momentul întocmirii propunerii tehnice, ofertantul să aibă angajat tot personalul necesar activităților din caietul de sarcini, pentru un eventual contract pe care l-ar încheia. De altfel, o astfel de cerință ar restricționa accesul operatorilor economici la procedura de atribuire, întrucât aceștia ar trebui să efectueze cheltuieli cu angajarea unor persoane, pe toată perioada de evaluare a ofertelor, pentru eventualitatea că câștigării procedurii, deci pentru un contract ipotetic.

Interpretarea dată de achizitor constituie o încălcare a principiului transparenței, întrucât se introduc în caietul de sarcini cerințe inexistente până la momentul depunerii ofertelor.

Totodată, în punctul de vedere, achizitorul face referire la o solicitare de clarificare ce nu se regăsește în procesul de evaluare: (...) solicitarea de clarificări privind numărul mediu de angajați, atât liderului asociației care urmează să execute 51,00% din volumul lucrărilor, cât și asociatului care urmează să execute 49,00% din volumul lucrărilor.

Însă, prin cererea pe care a transmis-o asocierii ofertante, în 04.07.2021, comisia de evaluare a solicitat lămurirea activităților, fără referire la numărul mediu de angajați ce va fi implicat în contract: (...) în cursul verificării documentelor suport pentru informațiile din DUAЕ, s-a constatat că atât liderul Asociației SC SRL cât și asociatul SC SRL au numărul mediu de angajați de unu, pe anul 2021, conform Certificatului Constatator nr. 601178/29.05.2022 și Certificatului Constatator nr. 610002/01.07.2022.

Vă solicităm ca până la data de 05.07.2022 să completați, în Secțiunea Documente suport DUAЕ, explicația cu privire la realizarea de către SC SRL a 51,00%, respectiv realizarea de către asociat SC SRL a 49,00% din volumul lucrărilor care fac obiectul achiziției de lucrări referitoare la procedura simplificată de atribuire nr. SCN 1106508/09.05.2022.

Răspunsul ofertantului a fost pe măsura solicitării de clarificare, fiind prezentate lucrările ce vor fi executate de fiecare asociat. Chiar mai mult, ofertantul a precizat că are deja 5 angajați. Astfel, este neîntemeiată decizia comisiei de evaluare, de respingere a ofertei contestatoarei, în temeiul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016, întrucât răspunsul este concludent.

Cât privește susținerea contestatorului că *decizia de respingere a ofertei sale nu este motivată. Simpla referire la textul art. 134 alin. (5) din HG nr. 395/2016 nu acoperă nelegalitatea soluției*, Consiliul o consideră neîntemeiată, întrucât ofertantul asociat a înțeles și a criticat motivele care au stat la baza excluderii sale din procedura de atribuire.

Văzând toate cele de mai sus, Consiliul constată că, în analizarea ofertei, comisia de evaluare s-a îndepărtat de cerințele caietului de sarcini, ceea ce reprezintă o nesocotire a prevederilor de la art. 127 alin. (1) lit. f) din HG nr. 395/2016.

În concluzie, în temeiul art. 26 alin. (2) din Legea nr. 101/2016, Consiliul va admite contestația și va anula Raportul procedurii nr. 21310/11.07.2022, în partea ce privește evaluarea ofertei asocierii SRL – SRL, precum și actele subsecvente raportului. Totodată, Consiliul va obliga autoritatea contractantă să reevalueze oferta acestei asocieri, cu stabilirea concludenței răspunsului la solicitarea din 04.07.2022, în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii.

Privitor la cererea de plată a cheltuielilor de judecată, în temeiul art. 26 alin. (9) din Legea nr. 101/2016, Consiliul o va respinge pentru neprezentarea de dovezi în acest sens.

Pentru aceste motive,
în baza legii și a mijloacelor de probă aflate la dosar,

CONSILIUL DECIDE:

Respinge, ca neîntemeiată, excepția invocată de autoritatea contractantă, privind nedepunerea cauțiunii "odată cu contestația".

Admite contestația formulată de SRL în contradictoriu cu și anulează Raportul procedurii nr. 21310/11.07.2022, în partea ce privește evaluarea ofertei asocierii SRL – SRL, precum și actele subsecvente raportului. Obligă autoritatea contractantă să reevalueze oferta acestei asocieri, cu stabilirea concludenței răspunsului la solicitarea din 04.07.2022, în termen de 15 zile de la primirea prezentei decizii.

Respinge, ca nedovedite, cheltuielile de judecată.

Prezenta decizie este obligatorie pentru părți, dar împotriva ei se poate formula plângere, în termen de 10 zile de la comunicare, în conformitate cu dispozițiile art. 28 alin. (1) și art. 29 din Legea nr. 101/2016.

PREȘEDINTE,

MEMBRU,

MEMBRU,

Redactată în 4 exemplare, conține 8 pagini.